

法科大学院における要件事実論教育について（その四）

東 孝 行

- 一 序説
- 二 要件事実整理の試み
- 三 学習と訴訟メモの活用について
- 四 むすび

一 序 説

司法制度改革審議会が平成一三年六月一二日に「司法制度改革審議会意見書」を公にしたところから、筆者は、法科大学院における民事関係法の授業に要件事実論教育を取り入れるべきであると考えて検討してきた。平成一三年八月に九州大学民事手続研究会の席を借りてその一端を披露してご意見を賜り、その後平成一四年三月には、本稿の第一稿「法科大学院における要件事実論教育について」を公にして以来、同年一〇月には第二稿「法科大学院における要

件事実論教育について（その二）―モデル案・民事法演習Ⅰを中心として―⁽²⁾を、本年一〇月第三稿「法科大学院における要件事実論教育について（その三）―モデル案・民事法演習Ⅰを中心として―」を公にした⁽³⁾。

第一稿では、要件事実論と民法解釈論に関して筆者が昭和四八年以来主張してきた点⁽⁴⁾についてあらためて考察し、民法解釈論に要件事実論を考慮する必要があることを論じるとともに、判例の事例を使って訴訟メモを作成することをお勧めた。第二稿ではモデル案・民事法演習Ⅰ⁽⁵⁾の前半分掲載の判例について個別に訴訟メモを作成することを試み、第三稿でその後半部分の判例について同様の考察を試みた。その考察を通じて、時間が限られる法科大学院の授業における効果的な授業方法を探求しているうちに、最高裁判決のみに基づく（第一審、第二審判決に基づかない）訴訟メモを作成する方法を積極的に採用して活用すべきであると考えに至り、「簡易訴訟メモ」として提唱するに至った。これはさらに判例解説の「事実の概要」などに基づいて訴訟メモを簡易に作成する方法としても利用できると考えられる（簡易訴訟メモに関する記載につき後記三参照）。

このように第一稿から第三稿まで考察を進めたところで、本稿で一応のまとめをしたい。

まず、前記「モデル案」には大要において重要なかつ有益な判例が掲げられているので、これに掲げられた判例について訴訟メモの作成を試みたが、なお補足すべきいくつかの事項があると考えるので、その点に関する判例について訴訟メモを作成して参考に供したい。

その補足すべき事項は、制限能力者と詐術、権利能力なき社団、錯誤、不動産物権変動と第三者（背信的悪意者）、隣地通行権と建築基準法、所有権留保売主の地位、共同不法行為（山王川事件）などである。これについては次節において述べる。

次に、訴訟メモの効用、その種類と使い方、訴訟メモの必要項目などについてまとめておきたい。この点について

は後記三において述べる。

二 要件事実整理の試み

第二稿及び第三稿に掲載した判例以外で、筆者が補充すべき判例として選択した七個の判例について訴訟メモを作成して要件事実の整理を試みる。

1 制限能力者と詐術

最判(一小) 昭和四四年二月一三民集二三卷二号二九一頁

(京都地昭和三五年六月二〇日・大阪高判昭和四二年二月一七日高裁民集二〇卷一号六二頁)

土地所有権移転登記抹消登記手続請求事件

亡A承継人

X₁ (控訴人・被上告人)

X₂ (右同)

X₃ (右同)

Y₁ (被控訴人・上告人)

Y₂ (右同)

論 説

（請求の趣旨）

（１） Y_1 は X_1 に対し本件土地につき〇〇地方法務局昭和三〇年七月六日受付第一七六〇三号をもってなされた所有権移転登記の抹消登記手続をせよ。

（２） Y_2 は X_2 に対し本件土地につき同法務局同年十一月二日受付第三〇〇九八号をもってなされた所有権移転登記の抹消登記手続をせよ。

（請求の原因）

（１） X らの被相続人 A は昭和一二年五月一二日準禁治産宣告を受け、その妻 X_1 がその保佐人に就職した。

（２） A は昭和三〇年一月二二日その所有に係る本件土地を、保佐人の同意を得ないで、 Y_1 に売り渡し、本件土地につき現在 Y_1 名義の請求の趣旨一項記載の登記がなされており、さらに Y_1 はこれを Y_2 に売り渡し、本件土地につき現在 Y_2 名義の請求の趣旨二項記載の登記がなされている。

（３） A は死亡前に本件第一審訴訟を提起しその訴状において右第一の売買を取り消す旨の意思表示をなし、訴状は昭和三一年四月九日に Y らに送達された。

（４） A は昭和四〇年十一月五日死亡し、妻である X_1 、長女である X_2 、養子である X_3 が相続した。

（請求原因の認否）

（ Y_1 ）

（１）の事実は認める。（２）の事実中保佐人の同意がないとの事実は否認し、その余の事実は認める。

（ Y_2 ）

（１）の事実は不知。（２）の事実中 Y_2 が Y_1 から本件土地を買い受け、現在 Y_2 名義の請求の趣旨二項記載の登記が

なされていることは認めるが、その余の事実は不知。

(抗弁)

(Y₁、Y₂)

Aは本件第一の売買に際して能力者であることを信ぜしめるための詐術を用いた。

(Y₂)

Y₂に請求の趣旨第二項記載の登記抹消手続をなすについては、AがY₁に対する本件土地の売買につき代金として受領した四一万二、五〇〇円の支払いと引き換えに認められるべきである（Y₁に代位しての同時履行の抗弁）。

(抗弁の認否)

否認する。

第一審は受継前のAが原告となっていたところ、理由は資料に記載がないので不明であるが原告の請求を棄却した。

第二審は、受継後の訴訟となる。Aは保佐人の同意なしに本件土地をY₁に売り渡したことを認定し、進んでAが詐術を用いたことについては、Aが本件土地をY₁に売り渡した際にY₁の代理人であるその父Bとの間で代金の交渉をし、登記手続及び知事の認可の申請手続に要する書類などをBに手渡すなどの行為をしたことは認められるが、これらの事情からAが詐術を用いたとは認めがたいと判断する。さらにY₂のY₁に代位しての同時履行の抗弁の行使については、代位の要件が認めがたいとして排斥した。第二審はこのような理由からXらの本訴請求を全部認容した。

上告審は「民法二〇条にいう『詐術ヲ用キタルトキ』とは、無能力者が能力者であることを誤信させるために、相手方に対し積極的に術策を用いた場合にかぎるものではなく、無能力者が、ふつうに人を欺くに足りる言動を用いて

相手方の誤信を誘起し、または誤信を強めた場合をも包含すると解すべきである。したがって、無能力者であることを黙秘していた場合でも、それが、無能力者の他の言動などと相俟つて、相手方を誤信させ、または誤信を強めたものと認められるときは、なお詐術に当たるといふべきであるが、単に無能力者であることを黙秘していたことの一事をもつて、右にいう詐術に当たるとするのは相当ではない。」（判決理由）として原審の判断を是認した。

平成十一年の改正（法一四九）前民法一二条によると、準禁治産者については特に定めた行為につき保佐人の同意が必要とされ、これに該当する場合に取消権が与えられるのであるから、この場合の主張・立証責任の分配は、当該行為が準禁治産者の行為であり、それが所定の行為に当たり、これにつき保佐人の同意が欠けていたこと、そのうえ取消の意思表示をしたことがその行為の無効を主張する側の負担となると解せられる。^⑥

前記事実整理はこのような見解にしたがっている。

本件は第一審継続中はAが存命中であり、第二審になって後にAが死亡してその相続人が受継した事例である。訴訟の途中に当事者が死亡すると訴訟手続は中断するが承継人が戸籍謄本などを添えて受継の申立をすることで訴訟は継続して審理される。以後受継者が当事者となる。本件でもその手続が取られたものと解される。本件では受継後は相続人三名が原告の訴訟であるが、判例によると共有関係の能動的訴訟で、登記の抹消手続を求める場合であるから保存行為として通常共同訴訟と解されている。学説上は異論もある。^⑦それゆえ、判例の見地によると請求は原告三に被告二を乗じた数となる。請求原因（4）は民法上の権利義務の移転、民訴訟上の当事者適格の主張である。

なお、平成十一年の改正により、「準禁治産者」は「被保佐人」と改称され、その要件から「浪費者」が削除された（ちなみに、本件では浪費者が理由の一つとなっている）。

2 権利能力なき社団

最判（三小）昭和四八年一〇月九日民集二七卷九号一一二九頁

（秋田地判昭和四四年二月一八日、仙台高秋田支判昭和四五年七月二三日）
売掛金等請求事件

X₁ （控訴人、上告人）

X₂ （右同）

Y₁ （被控訴人、被上告人）

Y₂ （右同）

外一五名（右同）

（請求の趣旨）

（1）Y₁らは、X₁に対し一三〇万〇六六〇円及び昭和四二年三月二〇日から支払い済みまで年六分の割合による金員を支払え。

（2）Y₁らは、X₂に対し一一〇万八五〇円及び同年一月一七日から支払い済みまで年六分の割合による金員を支払え。

（請求原因）

（1）X₁は麵類製造販売、X₂は海草加工販売を業とするものである。

（2）Y₁らは、栄養食品の資料の斡旋並びに販売、厨房機械の斡旋並びに給食用食器の斡旋販売、給食管理の請負等

の事業を共同で営む「東北栄養食品協会」と称する民法上の組合（A協会）の組合員であり、組合の対外的業務執行権をY₂に授与していた。

（３）X₁は、Y₂を代理人としてA協会に昭和四一年八月二九日から同年十二月一五日までの期間ラーメン等売り渡し、売掛金は一〇七万〇六六〇円となり、さらに、同様に昭和四一年一月三〇日に弁済期を同年十二月三一日と定めて二三万円を貸し渡した。

（４）X₂は、Y₂を代理人として左記のとおり契約し、A協会に貸し渡した。

貸付日（昭和年月日） 金額（円） 弁済期（昭和年月日）

① 四一・九・一四 三〇万 四一・一二・一二

② 四一・一〇・七 一七万五八〇〇 四一・一二・七

③ 右同 一七万六〇五〇 四一・一二・一〇

④ 四一・一〇・一九 三〇万 四一・一・一六

⑤ 四一・一一・一五 一五万 四一・一・一〇

合計一一〇万二八五〇円

（請求原因の認否）

（１）は認め、（２）の事実中、Y₂らがA協会の構成員であることは認めるが、その余は否認する。A協会は秋田県内における集団給食の栄養管理の向上、県民に対する栄養知識の普及、合理的な食品の消費の指導並びに食生活の改善を図ることを目的として設立された権利能力なき社団であり、その事業として請求原因記載の事業を営んでいたもので、Y₂はその代表者であった。（３）、（４）の事実是不知

(Xらの法律上の主張)

(1) 仮に、A協会が権利能力なき社団であるとしても、営利団体であったのであるから、商法一九四条との均衡からいっても、報償責任の観点から見ても、A協会の本件債務はその構成員であるYらが負担すべきである。

(2) 本件債務が、権利能力なき社団の債務として社団の構成員に合有的ないし総有的に帰属するとしても、社団が実体を喪失し目的の事業を廃止した以上、構成員個人に帰属すると解すべきである。A協会は昭和四一年二月一日に取引停止処分受け、解散し、事業を行わず、常駐の役職員はいないし、資産も皆無である。

(3) 社団法人において、法人格が形骸に過ぎないか、それが法律の適用を回避するために濫用された場合にはその取引の相手方は法人格を否認することができるが、この法理は権利能力のない社団についても適用されるべきである。本件はこれに当たる。

(Yらの法律上の主張)

A協会は民法上の社団法人として発足予定であったが、早急に主務官庁の許可が得られなかったので権利能力のない社団として運営されていたのであり、法人格を濫用する意図はなかった。A協会が取引停止処分を受けたが、解散はしていないし、役職員は従来のものである。

第一審は、Xらの請求を棄却した。資料がないのでその理由は不明。

第二審は、訴外BがA協会の代表の一員として本件取引をしたことを認めたが、A協会は権利能力のない社団であることを認定し、権利能力のない社団においてはその資産はその構成員の総有に帰属し、社団の定款に社員の無限責任の定めがあるか、社団から利益配当を受けるなど特段の事情が認められるときは、構成員の個人財産が社団の債務

の引き当てになると解する余地があるが、本件ではそのような特段の事情が認められないから、構成員の社団債務の支払い責任は認められないとし、さらに、本件は商法一九四条との均衡をはかるべき場合ではなく、YらがA協会の社団性を否認してこれを濫用した事実を認めがたいとして、Xらの控訴を棄却した。

上告審は、「権利能力なき社団の代表者が社団の名においてした取引上の債務は、その社団の構成員全員に、一個の義務として総有的に帰属するとともに、社団の総有財産だけがその責任財産となり、構成員各自は、取引の相手方に対し、直接には個人的債務ないし責任を負わないと解するのが、相当である。」（判決理由）と述べ、本件についてみると原判決の認定する事実のもとでは、YらがXらの本件各請求債権について、Xらに対して直接の義務を有するものではない旨判示して、上告を棄却した。

第二審は、本件取引に関する代表者につき請求原因記載と異なる「訴外B」と認定して判断しているが、権利能力なき社団への本件取引の効果の帰属に差異はないので問題はない。「法律上の主張」を敢えて記載しているが、事実主張を明らかにしめるために述べることは適当であろう。

権利能力なき社団のメルクマールとされている点は日頃の学習で確認しておく必要がある。

判例は「団体としての組織をそなえ、そこには多数決の原則が行なわれ、構成員の変更にもかわらず団体そのものが存続し、しかしてその組織によつて代表の方法、総会の運営、財産の管理その他団体としての主要な点が確定しているものでなければならぬのである。」と述べる（最判（一小）昭和三九年一〇月一五日民集一八巻八号一六七頁^⑧）。

請求原因（１）の主張は商事法定利率年六分の主張のために必要である（商法五一四条）。

請求はX¹の継続的取引とみられる売掛債権及び貸金債権並びにこれらに対する年六分の各法定利息債権、X²の貸金債権並びにこれらに対する年六分の各法定利息債権であり、それに各Yらの数を乗じた数となる。なお、本件は通常共同訴訟である。

権利能力のない社団における社員の個人責任については、法解釈論上見解の対立があるが、ここでは立ち入らない。なお、平成一三年に中間法人法（法四九）が制定され権利能力なき社団が法人化される可能性が広がった。本件で問題となった構成員の責任に関連する点については有限責任中間法人と無限責任中間法人とに分けられている。

3 錯 誤

最判（二小）昭和二九年一月二六日民集八卷一一号二〇八七頁

（京都地宮津支判、大阪高判昭和二七年七月一八日）

売買代金返還請求事件

X （上告人・被控訴人・原告）

Y （被上告人・控訴人・被告）

（請求の趣旨）

YはXに対し一万円及び昭和二三年四月一七日から支払済みまで年五分の割合による金員を支払え。

（請求原因）

（1）Aは昭和二三年四月一四日Cを介してYから本件家屋を六万円で買い受け、同月一六日内金二万円を支払った。

（２）Ａは、当時賃借りしていた家屋の明け渡しを求められ、他に家屋を買い求めて自ら居住して使用するためであった。かねてＤが居住していることも承知して、Ｄとの間で同月二〇日から共同使用する話し合いだったからであった。

（３）Ｄは同月一九日約束に反して共同使用を拒んだので、Ａは所期の目的を達することが不可能となった。

（４）Ｙは昭和二四年三月二三日本件家屋をＢに八万円で、ＢはＤに同年九月七日これを同額で売り渡し、移転登記手続を済ませた。

（５）Ａは自ら居住するために本件家屋を買い受けたのであり、当初から本件家屋を使用できないならば買い受けなかったのであるから、要素の錯誤があり本件家屋の売買契約は無効である。

（６）Ｙは内金受領に先立ちＤが共同使用を拒絶していることを知っていたから、悪意の受益者である。

（７）Ｘは昭和二四年一月五日Ａから債権を譲り受け、ＡはこれをＹに通知した。

（請求原因の認否）

（１）は否認する。ＹはＣに対して昭和二三年四月一六日に本件家屋を六万円で売り渡す契約をしたことはある。その際に、Ｃは同月二〇日に代金の一部一万円を支払い、Ｙはその間他に売買をすることができない代償として一万円を受領した。

（３）は否認、（２）、（５）、（６）は不知、（４）の金額を除く部分は認め、（７）は認める。

第一審は、請求を認容した。その理由は資料がないので不明。

第二審は、請求原因（１）ないし（３）の事実を認めたが、ＡがＹに買い受けの動機を表示した事実が認められず、要素に錯誤があったとは認めがたいとして、第一審判決を取消して請求を棄却した。

上告審は、「意思表示をなすについての動機は表意者が当該意思表示の内容としてこれを相手方に表示した場合でない限り法律行為の要素とはならないものと解するを相当とする。」(判決理由)と判示して原審の判断を是認した。

動機の錯誤による無効主張についてはその主張する当事者が動機の表示を主張立証すべきであると解される。⁽¹⁰⁾ 第一、二審判決をみると、Xの主張中にはAの動機をYに対して表示した旨の主張が見当たらないので錯誤無効は主張自体失当といえそうである。しかし、第二審はその主張が全体の主張の趣旨からみてなされているとしても、それを認めるに足りる証拠がないという事実認定をしていると解される。

本件における請求は、不当利得として手付金一万円の返還及びこれに対する遅延損害金の支払を内容とする二個の請求である。

4 不動産物権変動と第三者(背信的悪意者)

最判(三小)平成八年一〇月二九日民集五〇巻九号二五〇六頁

(松山地判平成二年二月一九日、高松高判平成五年三月二五日)

公道確認等請求事件

X(松山市)(被上告人・被控訴人Ⅱ附帯控訴人・①原告・②被告)

Y(上告人・控訴人Ⅱ附帯被控訴人・①被告・②原告)

①事件

（請求の趣旨）

（１）本件土地が旧新玉二八六一号線の敷地であることを確認する。

（２）ＹはＹに対し右土地上建物バリケード、その他通行の妨害となる一切の物件を撤去して右土地を明け渡せ。

（３）ＹはＹに対し本件土地につき、真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続をせよ。

（請求原因）

（１）本件土地はもとＡ所有であったところ、Ｙは松山市道敷地とするため昭和三〇年三月一日Ａから買い受けた。

（２）（ａ）（仮）Ｙは同年四月三〇日から本件土地につき占有を開始し、その二〇年後である昭和五〇年四月三〇日の経過により時効により本件土地の所有権を取得した。

（ｂ）Ｙは本訴において時効を援用した。

（３）Ｙは、本件土地につき昭和六〇年八月一四日付けの所有権移転登記を有する。

（４）Ｙは、本件土地上にプレハブ建物二棟及びバリケードその他の物件を設置している。

（請求原因の認否）

（１）の事実中、本件土地はもとＡ所有であったことは認めるが、その余は否認する。

（２）（ａ）の事実を否認する。（３）の事実を認める。（４）の事実を否認する。

（抗弁）

（１）本件土地はＡからＢの実質的経営者Ｍを代理人として昭和五七年一〇月二五日に、その後ＢからＣに、ＣからＤに順次譲渡され、かつその頃所有権移転登記がなされ、ＹはＤから同六〇年八月一四日に一億五〇〇〇万円で購入し、同日所有権移転登記を受けた。

(2) Xは本件土地につき登記を有しないから、所有権取得をYに対抗できない。

(3) Xの本件土地の占有は他主占有である。すなわち、Xは本件土地につき昭和五六年まではAから固定資産税を徴収していたし、同五八年本件土地の登記簿上の所有名義人からの申請により、Xが所有者でないことを前提として、本件土地とその東側に接続する県道との間の境界査定をした。⁽¹¹⁾

(抗弁の認否)

(1) の事実中本件土地につき所有権移転登記がなされていることは認めるが、その余の事実は否認する。本件土地につきAからBに売買契約がなされたとしても、Bの実質的経営者MとAの代理人Nとの間でなされたものであるが、Nには代理権がなかった。

(2) Xの本件土地上の権利は公法的所有権であり、民法一七七条の適用がない。

(3) 否認する。

(再抗弁)

(仮) Bの代理人MとAの代理人Nとの売買契約は当時六〇〇〇万円に近い金額であったのに五〇〇万円で売買したというのはAの世事に疎い点に乗じてなされた暴利行為であって無効である。(控訴審にて追加主張)

(仮) また、Bの代理人Mは融資者を欺罔し無価値なもしくは存在しない土地を担保に供し一億円を超える融資を受ける目的で本件土地を購入したのであって、詐欺の準備行為に該当し右売買は公序良俗に反し無効である。(控訴審にて追加主張)

(仮) Bは本件土地が現況によって公道であることは一見して明白であるのに、本件土地の登記上の所有名義がAのまま残っていることを知り、これを奇貨として、不正に利を図る目的でこれを買収し、その後情を知って買受けた

Yも背信的悪意者であるので、Xの本件土地上の所有権取得につき登記の欠缺を主張できない。

（再抗弁の認否）

すべて否認する。

②事件

（請求の趣旨）

XはYに対し五〇〇〇万円及び昭和六一年三月二日から支払い済みまで年五分の金員を支払え。

（請求原因）

（１）Yは土木建設及び建築業並びにその請負業務、不動産売買仲介業等、これらに付帯する一切の業務を目的としている。

（２）①事件抗弁（１）記載のとおり。

（３）Xは本件土地が自己の所有であり、かつ市道敷地であると主張して、Yに対し、昭和六〇年十二月五日に本件土地につき仮の地位を定める仮処分を執行した。

（４）しかし、本件土地はYの所有であり、このことはその保存する資料によれば容易に判明したことであり、Xはその調査を怠った過失がある。従ってXの右仮処分は不法行為となる。

（５）Yは投下資本が利用できないことによる損害六七五〇万円、建設予定ビルによる営業活動の収益減七六一〇万円及び信用失墜による精神的損害五〇〇〇万円を被ったが、内金請求として五〇〇〇万円を請求する。

(請求原因の認否)

(1) は不知、(3) は認め、(4)、(5) は否認する。(2) の事実の認否は①事件抗弁の認否(1) 記載のとおり。
(再抗弁・その認否)

①事件再抗弁・その認否記載のとおり。

第一審は、①事件につき、(a) Xは本件土地を所有者Aから松山市道敷地とするため昭和三〇年三月一日買い受けたことを認め、分筆などの手続の混乱のため、所有権移転登記手続ができないまま放置されたこと、その後本件土地はAからBに、その後BからCに、CからDに順次譲渡され、かつその頃所有権移転登記がなされ、YはDから同五八年八月一四日に買い受けたことを認め、(b) B及びこれに続く買受人及びYに背信的悪意者といえる事情は認められないとして、(c) XはYに対し登記の欠缺のためその所有権取得を対抗できないとし、(d) しかし本件土地は松山市道敷地となっているため、Xは道路管理権を有するので、これに基づき本件土地が松山市道敷地であることを確認し、同地上に存する建物(プレハブ)、バリケード、その他の通行の妨害となる物件を撤去して、同土地の明渡を求めることができるが、所有権移転登記手続を求める権利はないとして、その旨の一部認容の判決をした。②事件については、右の理由からXの仮処分は正当であり、不法行為を構成しないとしてYの請求を棄却した。

第二審は、①事件につき、右(a) の事実を認め、抗弁として追加主張した二点については認めるべき事実はないとして、背信的悪意者の主張についてBは本件土地が既にXに売り渡され、事実上市道となり、長年一般市民の通行のように供されていたことを知っていたが、X名義に所有権移転登記がなされていないことを奇貨としてこれを買受け、道路を廃止して自己の利益を計ろうとしたものと認めることができるとして、背信的悪意者であると認め、こ

れに続くYを含む買受人はXに対して自己の所有権取得を対抗できないとして、Xの請求を認容し、その他Xの道路管理権に基づく本件土地が市道新玉四七号線の道路敷地であることの確認を求め、道路上の妨害排除請求については第一審と同様にXの請求を認容して控訴を棄却した。②事件については、右の理由からXの仮処分は正当であり、不法行為を構成しないとしてYの請求を棄却した。

上告審は「所有者甲から乙が不動産を買い受け、その登記が未了の間に、丙が当該不動産を甲から二重に買い受け、更に丙から転得者丁が買い受けて登記を完了した場合に、たとい丙が背信的悪意者に当たるとしても、丁は、乙に対する関係で丁自身が背信的悪意者と評価されるのでない限り、当該不動産の所有権取得をもって乙に対抗することができるものと解するのが相当である。けだし、（一）丙が背信的悪意者であるがゆえに登記の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者に当たらないとされる場合であつても、乙は、丙が登記を経由した権利を乙に対抗することができないことの反面として、登記なくして所有権取得を丙に対抗することができるといふにとどまり、甲丙間の売買自体の無効を来すものではなく、したがって、丁は無権利者から当該不動産を買い受けたことにはならないのであつて、また、（二）背信的悪意者が正当な利益を有する第三者に当たらないとして民法一七七条の『第三者』から排除される所以は、第一譲受人の売買等に遅れて不動産を取得し登記を経由した者が登記を経ていない第一譲受人に対してその登記の欠缺を主張することがその取得の経緯等に照らし信義則に反して許されないということにあるのであつて、登記を経由した者がこの法理によって『第三者』から排除されるかどうかは、その者と第一譲受人との間で相対的に判断されるべき事柄であるからである。」（判決理由）と判示して、土地所有権移転登記手続請求に関する部分について原判決を破棄して原審に差戻した。

抗弁の認否のうちNがAを代理したが、それが無権代理である旨の主張はBの代理人MがA本人から買ったという

内容の抗弁（１）に対する積極否認であると解される。

本件は、①事件において、所有権に基づき真正名義回復を原因とする所有権移転登記手続請求、道路管理権に基づき本件土地が松山市道新玉四七号線の敷地であることの確認を求める請求、所有権、占有権、道路管理権に基づき、同土地上の通行妨害物の撤去及び同土地明渡請求を含み（五個）、②事件では不法行為に基づく損害賠償請求及び遅延損害金請求を含む（二個）。原告及び被告のそれぞれの客観的な単純併合事件である。

行政法上の道路管理権に基づく確認請求及び妨害排除請求が本件では特徴的である。本件上告審判決はX（市）が道路管理者としての本件土地の管理権（道路法一八条参照）に基づき本件土地が市道の敷地であることの確認を求めるとともに、本件土地にYが設置したプレハブ建物及びバリケード等の撤去を求めることができるものというべきである旨判示して、原審のこの点に関する民事訴訟手続上の扱いを含めてその結論を是認したものと解される。

5 隣地通行権と建築基準法

最判（一小）昭和三十七年三月一五日民集一六卷三号五五六頁

（東京地判昭和三十一年九月七日下午民集七卷九号二四二〇頁、東京高判昭和三十四年八月七日高裁民集一二卷七号二八九頁）

通行権確認事件

X（控訴人・上告人）

Y（被控訴人・被上告人）

（請求の趣旨）

Xが本件土地の内A、B、C、D、Aを順次連結する直線で囲まれた部分に通行権を有することを確認する。

〔各点につき特定のための具体的な記載があるが省略〕

（請求原因）

（１）甲土地はX所有地であり、乙土地はY所有地で、甲土地に隣接している。

（２）乙土地は国鉄線大森駅北口の北々東八景坂通に面して南東部、甲土地は乙土地のさらに南東部に隣接しその東北部が路地状をなして乙土地の北東に隣接しながら八景坂通に通じている。

（３）その路地状部分は長さ二〇メートル三六センチ、幅二メートル一八センチである。甲土地はその他の部分囲繞されている。

（４）Xは甲土地で木造瓦葺平屋建店舗一棟三〇坪を所有し、ダンス教習所に使用している。

（５）路地状部分は通路として使用しており、手狭のため建坪三〇坪の増築計画した東京都建築安全条例によると長二〇メートル以上三〇メートル未満の通路のみによって公路に通じる土地には幅員三メートル以上なければ建築許可しない旨の規定がある。乙地のため損害の最も少ない場所が路地状部分である。

（請求原因の認否）

（１）の事実中、甲土地がX所有であることは不知、その余の事実の確認。

（２）、（４）の事実は認める。

（３）の事実中、路地状部分は長さ、幅が原告主張のとおりであることは否認する。その余の事実は不知

（５）の事実中、条例の内容、存在は認めるが、その余の事実は不知

第一審は、建築基準法等による建築制限を受けているときはその土地はその宅地としての使用目的に供するにつき公益上用法制限を受けているのであって、欲するに委せていかなる建築物の建築所有しても妨げないものではなく、この制限内の建築利用を許されるにすぎない、として本件請求を棄却した。

第二審は、囲繞地通行権は土地の利用関係を調節するために認められるものであるから、土地の用法に従った利用のために通路を開設又は拡張する必要があるかどうかは、具体的に相隣関係における諸般の事情を考慮して決めなければならぬ、として、この見地から原告の事情と被告の事情とを認定して対比し消極に判断した。

この第二審の見地は、建築基準法等による制限があつてもそれ自体で、公益上用法制限を受けた土地としてこれを越えて建築するための通行権の主張をのっけから否定するものではない点で第一審及び上告審の見地とは異なる。

上告審は「原審の確定した事実関係によれば、上告人所有の土地は、原判示路地状部分（幅二メートル二八センチ、長さ二〇メートル四五センチ）で公路に通じており、既存建物所有により右土地の利用をするのになんらの支障はない。ただ上告人は、その主張の如き建物を増築する計画をもつており、その増築を実現しようとするのには、右路地状部分は、建築基準法に基き制定された東京都建築安全条例三条所定の所要幅員に欠けるところがあるため、建築基準適合の確認をして貰えない、というのである。

このような事実関係の下で、上告人は民法二一〇条の囲繞地通行権を主張するのであるが、その通行権があるというのは、土地利用についての往来通行に必要、欠くことができないからというのではなくて、その主張の増築をするについて、建築安全条例上、その主張の如き通路を必要とするというに過ぎない。いわば通行権そのものの問題ではないのである。

してみると、本件土地をもつて、民法二一〇条にいわゆる公路に通ぜざるときに当る袋地であるとし、これを前提

として、主張のような通行権の確認を求めようとする上告人の本訴請求は、主張自体において失当たるを免れず、従ってこれを排斥した原判決は、結局において正当であるといわざるを得ない。」（判決理由）と判示した。

近時、最判（三小）平成十一年七月一三日裁集民一九三号四二七頁、判時一六八七号七五頁、判タ一〇一〇号二三五頁は同種事案につき右先例を踏襲した。

なお、関連する判例として最判（一小）昭和四三年三月二八日裁集民九〇号八一三頁及び最判（三小）昭和四九年四月九日裁集民一一一号五三一頁参照⁽¹²⁾。

請求は一個である。

6 所有権留保売主の地位

最判（二小）昭和五〇年二月二八日民集二九卷二号一九三頁

（神戸地判昭和四六年九月二〇日・大阪高判昭和四九年六月二八日）

自動車引渡請求事件

X（上告人・控訴人）

Y（被上告人・被控訴人）

（請求の趣旨）

YはXに対し本件自動車を引渡せ。

(請求原因)

(1) Xは昭和四三年九月七日X所有の本件自動車をAに代金七万一千四百三十三円、支払方法同月一三日に二〇万円、同月三〇日に五万一千五百三十三円、同年一〇月以降同四四年六月まで毎月末日限り五万一千〇〇〇円当て分割して支払うことを定めて売り渡し、双方右代金完済まで所有権を原告に留保する旨を約した。

(2) Aは昭和四三年一月末日以降同四四年一月末日までの支払いを怠ったので、XはAに対して同年二月二十四日頃到達の書面で書面到達後三回内に支払うよう、これを怠ったときは売買契約を解除する旨の意思表示をしたが、その支払いがなかった。

(3) Yは本件自動車を占有している。

(請求原因の認否)

請求原因(1)、(2)の事実是不知、(3)の事実は認める。

(抗弁)

(1) Yは昭和四三年八月三〇日にXから本件自動車を八二万円で購入受けた。

(2) 仮にX単独で売主でないとしても、Xはディーラーであり、Aはサブディーラーであり、XとAは一体となつて売主の地位にあった。

(3) 仮にXとAが一体でなかったとしても、Xはディーラーであり、Aはサブディーラーであつたところ、XはAのXへの代金未払いの事実、所有権留保の特約の事実をYに告知せず、Yのために車検手続をなし、自動車税、自動車取得税を代理で受け取って納付し、強制保険料を受け取ってY名義で保険会社到手続をするなどの協力をした。

このような事実から見ると、Xの本訴請求は信義則に反する。

（抗弁の認否）（見当たらないが、争う趣旨と解される⁽¹³⁾。）

本件原審判決は典型的な引用判決であり、しかも、第一審判決の理由欄の記載がない。

第一審はXの請求を棄却したが、判決書の理由欄の紹介がないのでその理由は不明である。

第二審も第一審の結論を是認して、控訴を棄却した。最高裁の判決理由によると第二審判決の理由は最高裁の判旨と同旨であると解される。

上告審は、原審の認定した抗弁（2）の事実を指摘して、「右事実によると、上告人は、ディーラーとして、サブディーラーであるAが本件自動車をユーザーである被上告人に販売するについては、前述のとおりその売買契約の履行に協力しておきながら、その後Aとの間で締結した本件自動車の所有権留保特約付売買について代金の完済を受けないからといって、すでに代金を完済して自動車の引渡しを受けた被上告人に対し、留保された所有権に基づいてその引渡を求めるものであり、右引渡請求は、本来上告人においてサブディーラーであるAに対してみずから負担すべき代金回収不能の危険をユーザーである被上告人に転嫁しようとするものであり、自己の利益のために代金を完済した被上告人に不測の損害を蒙らせるものであって、権利の濫用として許されないものと解するを相当とする。」（判決理由・固有名詞を符号とした）と判示してXの請求を棄却した原審の判断を是認した。

本件事案は初心者にとっても訴訟メモを作成するに適当な内容である。第一審判決の請求原因の記載、その認否、抗弁の一部の記載が筆者の記載と異なるが、その点について彼此対照して検討されたい。

なお、請求は一個である。

ここで試みに、判例解説の事実の概要及び判旨の記載⁽¹⁴⁾に基づいて簡易訴訟メモを作成してみよう。

(判例解説に基づく簡易訴訟メモの例)

最判(二小) 昭和五〇年二月二八日民集二九卷二号一九三頁

自動車引渡請求事件

X(上告人・控訴人)

Y(被上告人・被控訴人)

(請求の趣旨)

本件自動車の引渡

(請求原因)

(1) Xは本件自動車の所有権を有する。すなわち、XはAに対し昭和四三年九月七日本件自動車につき、代金七一万円余を翌年六月まで分割払いし、完済まで本件自動車の所有権留保の約束で売買契約をした。Aは昭和四三年一月より三か月間の不払いがあり、XはAに同四四年二月二四日ころ催告し、売買契約解除の意思表示をした。

(2) Yは本件自動車を占有している。

(抗弁)

(1) Yは昭和四三年八月三〇日Aから本件自動車を八二万円で購入受けた。

(2) Xはディーラーであり、Aはサブディーラーであり、Yに対してAと協力して本件自動車売り渡した。

(3) Xは自社のセールスマンをYのもとに赴かせ、Yのために税金の納付手続、車検手続、車庫証明手続等を代行

したのであって、XのYに対する本訴請求は権利濫用である。

判例解説に基づいて作成してみてもこの程度の訴訟メモは作成できる。

学生が民集などの判例集に基づく訴訟メモを作成する暇がないときに、あるいは判例について差しあたり簡単な事実整理をしながら検討する場合には便利であろう。

この作業をするか、しないかによって、判例及びそれに続く解説の理解に大きな違いが生じるであろう。体験してみたい。

要は本件の請求は何か、その請求原因として主張すべき事実は何か、抗弁として主張すべき事実は何かなどを考え、解説に論じられる議論がどの点に関する議論かを認識できる。場合によると、その議論の合理性に関する検討に際していずれの当事者に主張・立証責任があるかをあらためて検討するとその中で新たな自説の展開も期待できよう。しかし、民集などの判例の生の素材から訴訟メモを作成することが最も肝要であることに変わりはない。

7 共同不法行為（山王川事件）

最判（三小）昭和四三年四月二三日民集二二卷四号九六四頁

（水戸地土浦支判昭和三七年八月三一日・東京高判昭和三九年四月二七日）

損害賠償請求事件

X₁ 外一二〇名（被控訴人・被上告人）

Y (国)

(控訴人・上告人)

(請求の趣旨)

YはXら一二二名に対し請求目録記載の金員及び昭和三四年三月一日から完済まで年五分の割合による金員を支払え。

(請求原因)

(1) 山王川は石岡市大字石岡字鹿の子九九五〇番地の柏原池に源を発して南東に流れ、常磐線高浜駅付近で霞ヶ浦に注ぐ川である。Xらは山王川の流水を灌漑用水に使って稲作栽培をしている農家である。

(2) Y(国)は二〇数年前から石岡市常磐線石岡駅の東北約六〇〇メートルの台地にアルコール工場を設置し主として甘藷澱粉、糖蜜等を原材料としてアルコールの製造を続け、アルコールを抽出した廃液を山王川に流してきた。

(3) この廃液には多量の窒素分が含まれているので、この廃液の流された山王川の流水を稲の灌漑用に使うと稲は窒素分過多のため徒長甚だしく出穂成熟を待たず倒伏するため普通作程度の収穫を得ることさえ不可能で一度強風に遭うと収穫皆無に近い惨状を呈する危険があった。Yとしてはアルコール製造過程から生ずる廃液は稲作上有害かどうかを十分研究調査し、有害であれば山王川に放流することは避けなければならないし、やむなく放流するときは廃液を無害なものにする処置を講ずべき義務があるのに、これを怠った。

(4) 昭和三三年には稀に見る旱天が続き稲作に必要な降雨がなく、Xらは山王川の流水を全面的に灌漑水として用いざるをえなかった。そのため山王川の窒素分のため稲は徒長し出穂成熟を待たず倒伏し、結実期に台風があったため未成熟のまま倒伏し、稲の収穫は著しく、普通に稲が成熟したならば当然得ることのできる利益を失った。

(5) そのため、灌漑用水を得るために昭和三四年から三六年にかけて四本の深井戸を掘った。一号井戸の工事費

三四万六〇〇〇円で市の補助一八万八二三七円（差引一五万七七六三円）、二号井戸の工事費三四万六〇〇〇円で市の補助二〇万円（差引一四万六〇〇〇円）、三号井戸の工事費三七万円で市の補助二〇万円（差引一七万円）、四号井戸の工事費六〇万円で市の補助三〇万円（差引三〇万円）がその費用であり、これら合計額に基づき算出した負担額がXら各人の損害額となる。加えて、昭和三三年における稲作実収高を平年における稲作基準収量から控除し、その残高に同年度産米の政府買入価格石当たり九七五〇円を乗じたものが収穫関係の損害額である。更に農業災害補償法による共済金を受け取ったためこれを損害合計額から差し引く。付帯請求の起算日は本件訴状送達の日翌日である。

（請求原因の認否）

（1）のうち山王川に関する事実を認めるがその余の事実は不知、（2）は認める。（3）のうち廃液に窒素分が含まれていることは認め、その余の事実は否認する。Yは本件アルコール工場に全国に先んじて昭和三一年四月メタン酵素装置を設置してこれにより廃液中の窒素は約三八パーセント除去されるに至ったので、Yとしては尽くすべき最善の手段を尽くしたのであり工場の設置に瑕疵があったとはいえない。（4）のうち昭和三三年に旱天が続く、結実期に台風があったことは認めるが、その余の事実は不知。（5）政府の石当たり買い上げ価格は認め、その余の事実は不知

第一審は、Yの石岡アルコール工場の窒素分を含む排水はXらの稲の徒長倒伏の被害の原因であること、さらにこの被害回避のために行った四本の井戸掘りの工事をやむなくしたとしてその因果関係を是認できるとして、その認定額を限度としてXらの請求を一部認容し、その余を棄却した。

第二審は、第一審同様、因果関係を認めるが、Xらにも損害回避措置を怠る過失があったとして稲作の被害につい

てはその半額を限度で請求を認容し（過失相殺）、井戸堀負担金についてはその金額確定日を遅くとも昭和三十七年五月二五日と認定して、その翌日から損害金の支払いを認められるとして、その限度で被控訴人の請求を認容した。

上告審は「共同行為者各自の行為が客観的に関連し共同して違法に損害を加えた場合において、各自の行為がそれぞれ独立に不法行為の要件を備えるときは、各自が右違法な加害行為と相当因果関係にある損害についてその賠償の責に任ずべきであり、この理は、本件のごとき流水汚染により惹起された損害の賠償についても、同様であると解するのが相当である。これを本件についていえば、原判示の本件工場廃水を山王川に放出した上告人は、右廃水放出により惹起された損害のうち、右廃水放出と相当因果関係の範囲内にある全損害について、その賠償の責に任ずべきである。」（判決理由）と判示して、Yの上告を棄却した。

上告審の理由は原審の判断を維持したことは明らかであるが、本件では、第一、二審において共同不法行為の主張は見られず、上告理由において他原因を指摘してYの責任を争ったにすぎないので、共同不法行為に関する判示は傍論に過ぎず、主論は不法行為者は他に原因が競合することを理由に責任を免れることができない、という趣旨の部分であると解される。⁽¹⁵⁾しかし、傍論とはいえ最高裁の判例は事実上の拘束力を發揮することもある。

本件は国家賠償法二条又は民法七〇九条による損害賠償請求であり、選択的請求の事例である。請求原因としては営造物に設置又は管理の瑕疵があったこと及びYの過失が主張されており、その主張・立証責任はXらにある。

請求原因（3）の認否の後段部分は「積極否認」と呼ばれるもので、否認の内容を具体的に主張している。

Xらは付帯請求の起算日を本件訴状送達の日⁽¹⁶⁾の翌日として請求している。不法行為の遅延損害金は不法行為の時から請求できると解するのが判例・通説であるが、処分権主義及び弁論主義のもとでは請求がなければ裁判所は請求以上の認容はできず、申立の範囲に限り判断することができると過ぎないので本件訴状送達の日⁽¹⁶⁾の翌日としたものと解

される。ただし、第二審は少なくとも井戸掘費用分担金については現実にその費用負担が確定しかつ支払いが完了したと認められる日の翌日を遅延損害金の起算日としている。井戸掘費用につき費用負担の確定及び支払という事情が介在することから公平の観念上損害項目として特別扱いしたものと解される。

さらに、第二審の理由中の過失相殺に関する判断についてふれなければならない。第二審が引用する第一審における事実主張をみると当事者の主張として（多分、実際には被告の主張となろう。）過失相殺と解される事実主張がない。それゆえ、主張がないのに過失相殺による判断をなしうるかという問題について検討を迫られることになる。この点について従来民法七二二条二項が裁判所の裁量に任せているとして職権で斟酌しうると解する見解もあるが、これを否定し、民事訴訟の弁論主義の建前から当事者の主張なしには斟酌できないとする見解もある。筆者は後者の見解が正しいと考えるがこの点につき問題提起するにとどめたい。^①

本件は原告側の通常共同訴訟であり、国家賠償法二条又は民法七〇九条に基づく請求であるから、請求の数は原告の数の二倍の数である。

三 学習と訴訟メモの活用について

（１）第一稿ないし第三稿並びに本稿における考察は、民事裁判の基礎的な学習のために必要な事項に関する諸判例につき訴訟メモを作成して、学生の参考としたいということである。しかし、民事裁判に関する授業においてここに掲げた判例のすべてについて必ず標準的な訴訟メモを作成して学習させるべきであるとは考えない。言い換えれば、学生が折りあるごとに訴訟メモの作成を試みるとき、あるいは実際の裁判における要件事実の考え方を参考としたい

とき、その要望に僅かながら応えたいという気持ちから出発した。

それゆえ、ここでは法科大学院において学習効果を上げるための訴訟メモをどのように活用すべきかという観点から述べてみたい。

訴訟メモを作成する効用の一つは、判決を読み込むために有力な補助手段となることである。この学習に慣れると判決（判例）を読む際に自ずとその要点を逃さないようになるはずである。すなわち、主張・立証責任、権利変動の要件である要件事実を意識的に考え、理解することが習性となるのである。この点については、第二稿の「判決の読み方に関する基礎知識」の項を参考にされたい。

そのうえ、このように判決を訴訟メモをとりながら読み込むうちに、民事訴訟法の基礎的知識も自ずと体得することができる。例えば前記の主張・立証責任のほか、弁論主義、処分権主義、自白の拘束力、攻撃防御方法提出時期、本証と反証、一応の証明、共同訴訟、訴訟承継、事実審・法律審や上訴制度の概要など判例集掲載判例は学習の材料の宝庫である。

これを理論的位置付けの見地からいえば、訴訟メモの作成は、民法、商法等の实体法のみならず、民事訴訟法に関しても、これらの法分野に関する法解釈学に実務上の見方、考え方を取り込み、同時に実務に法解釈学を取り込むためにも役立つものである。

(2) 次に重要なことは、法科大学院における教育のために当てられた授業時間は非常に少ないという現実認識である。このような制約の下に如何に授業の効果をあげるかが課題となる。ここでは訴訟メモによる要件事実論の学習をするための方法について考えたい。

筆者が掲げる訴訟メモには三種類がある。

第一は「標準的訴訟メモ」である。

これは時間をかけて学習できる際に作成する詳細な訴訟メモである。特に旧様式判決が適している。

第二に、「新様式判決用訴訟メモ」である。最近新様式の判決が多いので、これに対応するための訴訟メモを推薦したい。これは新様式判決において、例えば「争いのない事実」とか「容易に認められる事実」といった記載があり又は交通事故による損害賠償請求事件の判決において損害の主張が省略されているときに対応するためのものである。⁽¹⁸⁾

第三に、「簡易訴訟メモ」である。

このうち、比較的正確に記載できる方法は最高裁判決（判例）の判旨のなかで「原審の確定した事実関係の概要……」として表示される部分に基づいて訴訟メモを作成するということである。最高裁判決であるので、信頼性は高いので、安心して作成できる。これによりかなり要点をとらえた訴訟メモが作成できる。具体性に欠けたり、どの当事者の主張であるかは不明であることが多いが、それは主張立証責任から独自に抽象できる事項であるから訴訟メモを作成しながら自ら整理すればよい。

一方、必ずしも正確ではないが、手軽にできる訴訟メモとして判例解説などの事実の概要という欄の記載に基づいて訴訟メモを作成してみることを勧めたい。

判例解説などの事実の概要欄の記載は執筆者の好み、専門などにより、ときに請求の内容の記載が不正確であったり、当事者の記載が一部省略されていたりしていることもあり、訴訟メモ作成の見地からは正確性に乏しいことがあるので注意すべきである。⁽¹⁹⁾

以上、いずれかの方法で訴訟メモの作成に慣れると、訴訟メモを作成の暇がないときでも判決を読みながらその事

件の要点を理解できる、いわば勘が身に付くようになる。

授業時間の制約があったり、ゆつくりした時間がとれないときでも、何らかの方法でその場に適合した方法を探して、訴訟メモを作成することに慣れることを期待する。

ここで訴訟メモの必要項目を確認しておきたい。

まず、判例の特定の事項として、裁判所・裁判年月日・集・対象判決が最高裁判決である場合に下級審裁判所裁判年月日・事件名・当事者がある。下級審裁判所裁判年月日は比較的古い判例であれば記載がないことがあるが判明する限度で記載すれば弁論の終結日が推測できるなど便利である。

次に当事者の記載がある。氏名又は姓を記載することは、続いて判例集の内容を読むために便利である。ただし、本稿では公刊するため氏名は省略した。

第三に、「請求」ないし「請求の趣旨」がある。この記載は完全でなくてもよい。主要なものないし要点の記載でよい。また仮執行宣言、訴訟費用などは不要である。

第四に、当事者の主張を記載する。それは「請求原因」・「請求原因の認否」・「抗弁」・「抗弁の認否」……などである。

なお、証拠関係は特別に必要な場合を除き記載しない。

ここで各種訴訟メモに関する拙稿掲載の説明及び事例を一覧表として掲げておきたい。

一 標準的訴訟メモ

(一般的説明)

第一稿五二頁以下、第二稿六八頁以下、一一五頁、第三稿三頁

（事例）

モデル案〔１〕、〔２〕１・２、〔３〕２、（第二稿別紙１）、〔４〕、〔５〕１・２、〔７・８〕１・２、〔９〕２、〔１０〕１・２、〔１２〕１・２・３、〔１３〕、本稿掲載事例〔１〕、〔７〕

二 新様式判決用訴訟メモ

（一般的説明）

第二稿七一頁、八六頁以下、第三稿四頁

（事例）

モデル案〔２〕３（特に第二稿別紙２）、〔３〕１、〔６〕、〔７・８〕３、４、〔９〕１、〔１１〕

三 簡易訴訟メモ

（一般的説明）

第二稿七六頁、第三稿四頁、二二頁

（事例）

モデル案〔１〕（特に第二稿別紙３）、〔７・８〕３（第三稿二二頁以下）、本稿掲載事例〔６〕（特に二五頁）

（３）訴訟メモは以上のとおりであるが、民事判例に関する学習を想定してみると、これに尽きるものではない。

関連判例の調査、読み込み、学説の調査、検討、各段階における自らの試論の構成など多くのなすべきことがある。
う。

訴訟メモはこれら考察のすべてにわたって基礎的な理解の助けとなるものである。

もちろん訴訟メモをじっくり検討する過程において関連判例、学説等の検討をすれば、その過程そのものが学習となろう。

四 む す び

以上により、法科大学院におけるモデル案・民事法演習Ⅰ所掲の二三個の判例並びに七個の補足としての判例を素材とした訴訟メモの作成を終えた。

当初はすべての判例について標準的訴訟メモを作成する試みをそのまま法科大学院の学習内容とすることを企図したことから学習の過重な負担となるとの批判をいただいた。しかし、筆者としては気軽なメモの類であるからそれほど負担とはならないと考えている。

ただ、不慣れの学生にとっては負担となるかもしれない。そこで、考察の途上で考えたのが簡易訴訟メモの作成である。これによって学生の負担は大幅に改善されるはずである。その反面要件事実に関する正確な検討が疎かにならないかと一抹の不安も抱いている。

ともあれ、訴訟メモの作成によって、民法、商法等の学習の中で要件事実が意識的に論じられ、その学習によって正確な法解釈論の理解と学生の試みる理論構成のために役立てば幸いである。参考文献として前稿以後判明した主

要な文献を掲げておく。

並木茂・要件事実原論（平一五・悠々社）

大江忠・ゼミナール要件事実（平一五・第一法規）

伊藤滋夫・山崎敏彦・ケースブック要件事実・事実認定（平一四・有斐閣）

三井哲夫・要件事実の再構成（増補新版・平五・信山社）

司法研修所（編）問題研究 要件事実（法曹会・平一六）

注

- （1） 久留米大学法学四三号（平一四）
- （2） 久留米大学法学四四号（平一四）
- （3） 久留米大学法学四八号（平一五）
- （4） 「公害と権利濫用論―民法学方法論に関する一考察」判タ二九四号（昭四八）
- （5） 法科大学院における教育内容・方法に関する研究会「法科大学院における教育内容・方法（民事法・刑事法）のあり方について」【モデル案】（以下「モデル案」と略称する）の民事法演習Ⅰ（民事判例）
- （6） 同旨、村上博巳・立証責任に関する裁判例の総合的研究（司法研究報告書一四輯三号・昭三八）五六頁
- （7） 秋山幹男ほか・コンメンタール民事訴訟法Ⅰ（平一四）三八〇頁、小室直人ほか（編）・基本法コンメンタール（二版）・新民事訴訟法Ⅰ一〇一頁（平一五・徳田和幸執筆）、斉藤秀夫ほか（編）・注解民事訴訟法（2）一六九頁（小室直人・東孝行執筆）、兼子一（松浦Ⅱ新堂Ⅱ竹下）・条解民事訴訟法（昭六一）一六七頁（新堂幸司執筆）参照
- （8） 北川善太郎・民法総則・民法講要Ⅰ（平七）八一頁参照
- （9） 阿久保澤利明「本件判例解説」民法の基本判例（第二版・平九）一〇頁、同「本件判例解説」民法判例百選（第五版・平

一三) 二八頁参照

(10) 司法研修所編・9訂民事判決起案の手引(平一三)・事実摘示記載例集二二頁参照

(11) 取得時効の主張に対する他主占有の抗弁につき、司法研修所編・紛争類型別の要件事実(平一一)六八頁参照

(12) 拙著・相隣法の諸問題(平九・信山社)九三頁以下参照

(13) 通常は抗弁につき認否がなければ抗弁事実を認めたものとみなされるが、本件では原審判決全体からみると争う趣旨と解される。

(14) 「本件判例解説」民法判例百選Ⅰ(第五版・平二三)二〇八頁(千葉恵美子執筆)

(15) 拙著・判例による法の形成(平八・信山社)一四頁

(16) 加藤一郎・不法行為(増補版・昭四九)二一九頁、加藤一郎(編)・注釈民法(19)(昭四二)六二頁(篠原弘志執筆)参照

(17) 村上・前掲書一五二頁、前掲注釈民法(19)三六九頁(澤井裕執筆)、四宮和夫・不法行為(昭六二)六二三頁参照

(18) 最高裁判所事務総局・民事判決書の新しい様式について(平二)二九頁以下参照

(19) 例えば、民法判例百選Ⅱ(第五版)九四頁掲載の最判(三小)平成二年二月一八日民集四四卷九号一六八六頁の解説をみるに、同解説は最高裁判例を解説することを目的としており、従って上告審の審査の対象となる原審における主張とこれに対する判断が重要となるはずである。ところがこの解説の「事実の概要」欄に記載されている主張は第一審におけるそれのみであり、変更された第二審における主張が見当たらない。すなわち、第一審では主位的に事後求償、予備的に事前求償の主張がなされたが、第二審では事前求償の主張に絞られ、被告(被控訴人)の相殺の抗弁が付加されているのに、この点の記載がない。その記載されない理由は不明であるが、事実整理及び要件事実の検討のために事実の概要に基づき訴訟メモを作成するには記載が不十分である。判例解説の「事実の概要」に基づき簡易訴訟メモを作成する際に注意すべきことである。

(後記)

平成一三年八月の九州大学民事手続研究会を初め、久留米大学内部の法科大学院開設に向けた各種検討会において有益なご意見

ないしご批判を頂いた。さらに第一稿以降の拙稿に対して多くの方々から暖かいお励ましと、丹念なご批判を頂いた。あらためて感謝する。